# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN
vom 4. Mai 1994 *

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

1. Diese Vorabentscheidungsersuchen schließen an das Urteil Barber an, in dem der Gerichtshof bekanntlich entschieden hat, daß

„es gegen Artikel 119 EWG-Vertrag verstößt, wenn aufgrund einer je nach Geschlecht unterschiedlichen Regelung des Rentenalters, die der Regelung im Rahmen des nationalen gesetzlichen Altersrentensystems entspricht, ein aus betrieblichen Gründen entlassener Mann nur eine Anwartschaft auf eine bei Erreichung des gewöhnlichen Rentenalters zu zahlende Rente hat, während eine Frau in der gleichen Lage sofort Anspruch auf eine Rente hat" [1].

Aus dem Urteil Barber ergibt sich somit, daß derartige Diskriminierungen in Betriebsrentensystemen beseitigt werden müssen. In den vorliegenden Rechtssachen steht die Frage im Mittelpunkt, *auf welche Weise* dies zu erfolgen hat. Die beiden in Rede stehenden Rentensysteme haben sich dafür entschieden, das normale Rentenalter weiblicher Arbeitnehmer auf das der männlichen Arbeitnehmer anzuheben.

## Hintergrund der Rechtssache C-408/92, Smith u. a.

2. Frau Smith und die übrigen Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-408/92 sind oder waren einem an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen Betriebsrentensystem, dem Avdel Pension & Life Assurance Plan (im folgenden: System), angeschlossen, das von ihrem Arbeitgeber, der Avdel Systems Ltd, verwaltet wird.

Das System wird zum Teil durch Arbeitgeberbeiträge und zum Teil durch Arbeitnehmerbeiträge in Höhe von 5 % des rentenfähigen Gehalts abzüglich Steuervergünstigungen finanziert. Nach dem System haben Mitglieder zum normalen Rentenzeitpunkt Anspruch auf eine Rente oder können sich dafür entscheiden, einen Teil der jährlichen Rente in einen steuerfreien Geldbetrag umzuwandeln. Unter bestimmten Umstän-

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Slg. 1990, I-1889, Randnr. 35 und Nr. 3 des Tenors).

den können sie auch den Wert der in einem früheren Beschäftigungsverhältnis erworbenen Rentenansprüche auf das System übertragen.

Vor dem 1. Juli 1991 betrug das normale Rentenalter nach dem System 65 Jahre für Männer und 60 Jahre für Frauen. Mit Wirkung vom 1. Juli 1991 wurde das System in der Weise geändert, daß 65 Jahre zum normalen Rentenalter für Männer und Frauen wurden. Nach der Vorlageentscheidung betrifft die Änderung sowohl die Leistungen für Beschäftigungsjahre nach dem 1. Juli 1991 als auch die Leistungen für Beschäftigungsjahre vor dem 1. Juli 1991. Die Änderung hat im einzelnen folgende Auswirkungen:

a) Tritt eine Frau im Alter von 60 Jahren in den Ruhestand, so wird ihre Rente für jedes Jahr, um das ihr Rentenalter unter 65 Jahren liegt, versicherungsmathematisch um 4 % pro Jahr gekürzt. Nach dem früheren System hätte sie die volle Rente erhalten.

b) Scheidet eine Frau vor dem normalen Rentenzeitpunkt, d. h. bevor sie 65 Jahre alt wird, aus dem System aus, so werden die bereits erworbenen Rentenansprüche, die auf ein anderes anerkanntes System übertragen oder für den Kauf einer Versicherungspolice verwendet werden konnten, anhand ihres 65. Geburtstags als des normalen Rentenzeitpunkts berechnet.

c) Tritt eine Frau im Alter von 60 Jahren in den Ruhestand, so werden die Rentenzahlungen, auf die sie in einem früheren Beschäftigungsverhältnis auf der Grundlage eines Rentenalters von 60 Jahren Anspruch erworben hatte, für jedes Jahr, um das sie vor der Vollendung des 65. Lebensjahres in den Ruhestand tritt, versicherungsmathematisch um 4 % gekürzt. Der Gesamtbetrag dieser Zahlungen darf jedoch einen bei der Übertragung auf das System zugesicherten Geldbetrag nicht unterschreiten. Dies kann zur Folge haben, daß die Nettogesamtkürzung dieser Rentenleistungen begrenzt wird.

3. Gegen das neue System erhoben 78 Arbeitnehmerinnen beim Bedford Industrial Tribunal (im folgenden: Tribunal) Klage, die sich vor allem auf Artikel 119 EG-Vertrag stützt. Mit Zustimmung aller Parteien wurden fünf Musterfälle ausgewählt. Diese Fälle können in folgende drei Gruppen eingeteilt werden:

a) Arbeitnehmerinnen im Alter zwischen 60 und 65 Jahren, die sich seit dem 1. Juli 1991 im Ruhestand befinden. Dies ist bei Frau Smith, Frau Ball und Frau

McHugh der Fall. Durch die Neuregelung haben sich ihre Renten um 20 %, 8,3 % bzw. 11,28 % verringert.

b) Arbeitnehmerinnen, die noch tätig sind und bei einem anderen Arbeitgeber erworbene Rentenansprüche auf das System übertragen haben. Dies ist bei Frau Parker der Fall. Falls sie im Alter zwischen 60 und 65 Jahren in den Ruhestand treten, wird bei ihren Rentenansprüchen vorbehaltlich der genannten Zusicherung die oben dargestellte versicherungsmathematische Kürzung von 4 % pro Jahr bis zu ihrem 65. Geburtstag vorgenommen.

c) Arbeitnehmerinnen, die noch tätig sind, aber dem System nicht mehr angehören. In dieser Lage befindet sich Frau Vance, die freiwillig aus dem System ausgeschieden ist. Sie kann später auf der Grundlage der Ansprüche, die sie während ihrer Zugehörigkeit zum System erworben hat, eine Rente beanspruchen, deren Wert jedoch anhand eines normalen Rentenalters von 65 Jahren berechnet wird [2].

4. Das Tribunal entschied am 2. November 1992, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1) Wenn in einem Betriebsrentensystem unterschiedliche normale Rentenalter für Männer und Frauen (65 bzw. 60 Jahre) bestehen und sich ein Arbeitgeber bemüht, diese Diskriminierung im Hinblick auf das Urteil in der Rechtssache Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group zu beseitigen, ist es dann unvereinbar mit Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn der Arbeitgeber ein gemeinsames Rentenalter von 65 Jahren für Männer und Frauen festsetzt

(i) hinsichtlich der von den Arbeitnehmern bezogenen Betriebsrenten, die auf den Beschäftigungsjahren nach dem Zeitpunkt der Angleichung, dem 1. Juli 1991, beruhen;

(ii) hinsichtlich der von den Arbeitnehmern bezogenen Betriebsrenten, die auf den Beschäftigungsjahren ab dem 17. Mai 1990, aber vor dem Zeitpunkt der Angleichung beruhen, wenn die Angleichung am 1. Juli 1991 erfolgte;

2 — In der Vorlageentscheidung wird noch eine vierte Gruppe genannt, nämlich Arbeitnehmerinnen, die dem System angeschlossen waren, aber mittlerweile verstorben sind. Da dies bei keiner der Rechtssachen des Ausgangsverfahrens der Fall ist, lasse ich diese Gruppe im folgenden außer acht.

(iii) hinsichtlich der von den Arbeitnehmern bezogenen Betriebsrenten, die auf den Beschäftigungsjahren vor dem 17. Mai 1990 beruhen, wenn die Angleichung am 1. Juli 1991 erfolgte?

2) Falls die vorstehende Frage 1 ganz oder teilweise zu verneinen ist, begründet dann Artikel 119 eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die nachteiligen Auswirkungen für Frauen, deren Renten von der Entscheidung des Arbeitgebers, den Unterschied bei den Rentenaltern zu beseitigen, betroffen sind, möglichst gering zu halten?

3) Falls die vorstehende Frage 1 ganz oder teilweise zu bejahen ist, kann sich der Arbeitgeber dann im Einklang mit Artikel 119 auf den Grundsatz der objektiven Rechtfertigung im Hinblick auf die Erfordernisse des Unternehmens oder die Erfordernisse des Betriebsrentensystems zur Rechtfertigung einer Kürzung der Frauen gezahlten Renten stützen und, wenn ja, auf welche Faktoren kommt es bei der Feststellung an, ob eine solche objektive Rechtfertigung nachgewiesen ist?

**Hintergrund der Rechtssache C-28/93, Van den Akker u. a.**

5. Frau Van den Akker und die übrigen Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-28/93 sind alle bei juristischen Personen beschäftigt, die zur Koninklijke Shell Groep gehören. Aus diesem Grund sind sie dem Betriebsrentensystem Stichting Shell Pensioenfonds, der Beklagten des Ausgangsverfahrens (im folgenden: Pensioenfonds), angeschlossen.

Bis zum 31. Dezember 1984 wurde in der Satzung dieses Rentensystems in der Weise zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern unterschieden, daß das normale Rentenalter bei ersteren auf 60 Jahre und bei letzteren auf 55 Jahre festgesetzt war. Dadurch konnten männliche Arbeitnehmer fünf Jahre länger am System teilnehmen als ihre weiblichen Kollegen und somit eine höhere Nominalrente erwerben, wobei jedoch zu beachten ist, daß der Erwerb von Rentenansprüchen für beide Gruppen mit dem Erreichen der höchstmöglichen Zahl anrechnungsfähiger Dienstjahre endete.

Mit Wirkung vom 1. Januar 1985 wurde diese Unterscheidung aufgehoben und das normale Rentenalter für alle angeschlossenen Personen auf 60 Jahre festgesetzt. Dabei wurde folgende Übergangsregelung getroffen. Die Arbeitnehmerinnen, die dem System bereits am 1. Januar 1985 angeschlossen

waren, hatten die Wahl zwischen der Teilnahme an dem neuen System unter Erhöhung des Rentenalters von 55 auf 60 Jahre und der Teilnahme an diesem System unter Beibehaltung des Rentenalters von 55 Jahren. Sie mußten diese Wahl spätestens am 31. Dezember 1986 treffen. Mangels einer ausdrücklichen Entscheidung für ein Rentenalter von 60 Jahren wurde die Wahl des Rentenalters von 55 Jahren unterstellt. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens entschieden sich alle ausdrücklich oder stillschweigend für die Beibehaltung des Rentenalters von 55 Jahren.

6. Im Anschluß an das Urteil Barber hielt es der Pensioenfonds für erforderlich, die Rentenregelung in der Weise zu ändern, daß die den Arbeitnehmerinnen bei der Änderung der Regelung im Jahr 1985 eingeräumte Möglichkeit, das Rentenalter von 55 Jahren auch nach dem 1. Januar 1985 beizubehalten, mit Wirkung vom 1. Juni 1991 beseitigt wurde.

Bei der Änderung wurde folgende Ausgleichsregelung getroffen. Zunächst wurde die sich aus der Änderung ergebende Verringerung des Barwerts der in der Zeit vor dem 17. Mai 1990 erworbenen Rentenansprüche ermittelt. Diese Verringerung wurde anschließend ausgeglichen, wobei sich jeder Teilnehmer bis spätestens 1. Dezember 1991 für einen (diesem Barwert entsprechenden) vorzeitigen Beginn der Rente ohne Anwendung des in der Satzung vorgesehenen Abzugs bei vorzeitiger Zahlung entscheiden konnte. Wenn bis dahin keine Erklärung abgegeben worden war, wurde davon ausgegangen, daß sich der Teilnehmer für diese Alternative entschieden hat.

Wie sich aus der Vorlageentscheidung ergibt, sagte der Pensioenfonds zu, die Änderung nochmals zu überdenken, falls sich zeigen sollte, daß auch ohne ihre Vornahme nicht die Gefahr eines Verstoßes gegen Artikel 119 EG-Vertrag bestehe. Er fürchtet nämlich, männliche Arbeitnehmer in derselben Lage könnten ohne die Änderung für den Fall der Feststellung eines Verstoßes nachträglich dieselben Rechte geltend machen, wie sie sich für ihre weiblichen Kollegen aus der 1985 getroffenen Übergangsregelung ergeben, und insbesondere ein Rentenalter von 55 Jahren wählen.

7. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens sind der Ansicht, Artikel 119 und das Urteil Barber machten die genannte Änderung nicht erforderlich, so daß diese rückgängig gemacht werden müsse. Sie verlangen eine entsprechende Feststellung des Kantongerecht Den Haag.

Das Kantongerecht hat es für notwendig erachtet, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

A) Verstößt es gegen Artikel 119, wenn in einer im Rahmen eines Arbeitsvertrags getroffenen Rentenregelung, in der das Rentenalter seit dem 1. Januar 1985 sowohl für männliche als auch für weibliche angeschlossene Arbeitnehmer auf

60 Jahre festgesetzt ist, das Rentenalter für eine bestimmte Gruppe weiblicher angeschlossener Arbeitnehmer auch nach dem 17. Mai 1990 auf 55 Jahre festgesetzt bleibt, sofern

a) sich letzteres aus einer ab 1. Januar 1985 (als durch Änderung der Regelung das Rentenalter, das vorher für männliche Arbeitnehmer 60 Jahre und für weibliche Arbeitnehmer 55 Jahre betrug, angeglichen und auf 60 Jahre festgesetzt wurde) geltenden Übergangsregelung ergibt,

b) die Übergangsregelung nur für die weiblichen angeschlossenen Arbeitnehmer (oder Anwartschaftsberechtigten) galt, die sowohl am 31. Dezember 1984 als auch am 1. Januar 1985 bei einem der Beklagten beigetretenen Arbeitgeber beschäftigt waren („die Geschädigten") und

c) die Übergangsregelung zugleich vorsah, daß die Geschädigten zwischen einem Rentenalter von 55 oder 60 Jahren wählen konnten, was in einem Zeitraum geschehen mußte, der schon (spätestens) am 31. Dezember 1986 endete?

B) Spielt es für die Antwort auf Frage A eine Rolle, ob die Übergangsregelung für Fälle, in denen nicht rechtzeitig eine ausdrückliche Wahl getroffen wird, die Anwendung des ursprünglichen Rentenalters von 55 Jahren oder des allgemeinen Rentenalters von 60 Jahren vorsieht?

**Ist die Anhebung des Rentenalters weiblicher Arbeitnehmer auf das der männlichen Arbeitnehmer in Anwendung des Urteils Barber mit Artikel 119 EG-Vertrag vereinbar?**

8. Ungeachtet der Unterschiede zwischen beiden Rechtssachen ist die Kernfrage, die sich dem Gerichtshof hier stellt, dieselbe; sie geht dahin, ob und, wenn ja, in welchem Umfang ein Betriebsrentensystem, um dem Urteil Barber nachzukommen, das anspruchsbegründende Alter dadurch vereinheitlichen kann, daß es das Rentenalter der Frauen erhöht, statt das der Männer zu senken. Vor allem aus der Rechtssache Smith ergibt sich, daß dies für weibliche Arbeitnehmer nachteilig ist, da diese künftig länger in einem Dienstverhältnis stehen müssen, um Anspruch auf eine vollständige Betriebsrente erheben zu können.

Ich behandele die Kernfrage zunächst in grundsätzlicher Weise und antworte anschließend auf die in den beiden Rechtssachen gestellten Fragen.

9. Obwohl es sich um eine komplizierte Angelegenheit handelt, bin ich der Ansicht, daß die *grundsätzliche* Antwort nach dem Gemeinschaftsrecht relativ klar ist. Ich weise darauf hin, daß dem Gerichtshof eine ähnliche Frage in der Rechtssache C-200/91, Coloroll, vorgelegt wurde; dort möchte der High Court of Justice (Chancery Division) wissen, ob die Durchführung des Gleichheitssatzes verlangt, daß die Leistungen für das benachteiligte Geschlecht stets erhöht werden, oder ob es mit Artikel 119 vereinbar ist, daß die Leistungen für das andere Geschlecht verringert werden [3]. In meinen Schlußanträgen vom 28. April 1993 in den Rechtssachen Ten Oever, Moroni, Neath und Coloroll [4] habe ich auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofes danach unterschieden, ob die Rentenleistungen auf in der Vergangenheit (nach dem Urteil Barber) aufgetretenen Diskriminierungen beruhen oder sich auf Arbeitsleistungen beziehen, die nach dem Erlaß einer neuen, (aufgrund dieses Urteils) an den Grundsatz der Gleichbehandlung angepaßten Regelung erbracht wurden. Diese Unterscheidung drängt sich auch hier auf.

10. In bezug auf Leistungen, die auf *in der Vergangenheit* liegenden Beschäftigungszeiten beruhen, für die ein diskriminierendes System galt, muß bis zum Erlaß einer Maßnahme, die diese Diskriminierung beseitigt, eine *Erhöhung* der Leistungen für die Angehörigen des benachteiligten Geschlechts auf das Niveau der Leistungen für die Angehörigen des bevorzugten Geschlechts vorgenommen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts muß nämlich das günstigere System auch auf die Angehörigen des benachteiligten Geschlechts angewendet werden, da dieses System das „einzig gültige Bezugssystem" für eine unmittelbare Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ist [5].

Bei der Anwendung dieser Rechtsprechung muß natürlich die zeitliche Beschränkung des Urteils Barber berücksichtigt werden. Wie der Gerichtshof kürzlich in den Urteilen Ten Oever, Moroni und Neath klargestellt hat, bedeutet dies, daß

„die unmittelbare Wirkung von Artikel 119 EWG-Vertrag zur Stützung der Forderung nach Gleichbehandlung auf dem Gebiet der

3 — Diese Frage ist in Frage 1 Nr. 2 Ziffer iii der Rechtssache Coloroll enthalten.

4 — Schlußanträge in den Rechtssachen C-109/91, C-110/91, C-152/91 und C-200/91 (Slg. 1993, I-4932 f., Nr. 60).

5 — Der Gerichtshof hat dieses Kriterium erstmals im Urteil vom 20. März 1984 in den verbundenen Rechtssachen 75/82 und 117/82 (Razzouk und Beydoun, Slg. 1984, 1509, Randnr. 19) in bezug auf das Recht auf Gleichbehandlung weiblicher und männlicher EG-Beamter herausgearbeitet. Er hat es anschließend herangezogen, um die Anwendung des durch Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7/EWG (vgl. zu ihrer Fundstelle Fußnote 11) bestätigten Grundsatzes der Gleichbehandlung sicherzustellen, solange diese Richtlinie vom nationalen Gesetzgeber nicht (vollständig) durchgeführt wurde; vgl. u. a. Urteile vom 24. Juni 1987 in der Rechtssache 384/85 (Borrie Clarke, Slg. 1987, 2865, Randnr. 12) und kürzlich vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks, Slg. 1994, I-571, Randnr. 18). In den Urteilen vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnr. 19) und vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 18) hat der Gerichtshof diese Rechtsprechung auch auf Artikel 119 EG-Vertrag erstreckt.

beruflichen Renten nur für Leistungen geltend gemacht werden kann, die für Beschäftigungszeiten nach dem 17. Mai 1990 geschuldet werden, vorbehaltlich der Ausnahme, die für Arbeitnehmer oder deren anspruchsberechtigte Angehörige vorgesehen ist, die vor diesem Zeitpunkt nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben" [6].

Auf dem Gebiet der Betriebsrenten kann die genannte Rechtsprechung zum „einzig gültigen Bezugssystem" mit anderen Worten nur für Beschäftigungszeiten nach dem 17. Mai 1990 herangezogen werden.

11. Völlig anders liegen die Dinge bei Leistungen, die auf einem neuen, an den Gleichbehandlungsgrundsatz angepaßten System beruhen und sich auf *zukünftige*, d. h. nach dem Inkrafttreten des Systems liegende Beschäftigungszeiten beziehen. Ich stimme mit der Avdel Systems Limited, der britischen und der deutschen Regierung sowie der Kommission darin überein, daß das Gemeinschaftsrecht einer Verringerung solcher Leistungen nicht entgegensteht, solange diese Leistungen auf einem für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleichen Niveau bleiben. Eine andere Beurteilung liefe auf eine unerwünschte Einmischung der Gemeinschaft in ein Sachgebiet hinaus, das gegenwärtig zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehört, die, wie der Gerichtshof wiederholt betont hat, „hinsichtlich der Art der sozialen Schutzmaßnahmen und der konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung über einen sachgerechten Ermessensspielraum verfügen" [7].

Entgegen der Ansicht der Klägerinnen in beiden Rechtssachen hat das Urteil Defrenne II auf diese Aussage keinen Einfluß. Es ist richtig, daß der Gerichtshof in diesem Urteil im Hinblick auf die soziale Zweckbestimmung, die Artikel 119 zugrunde liegt — wie sie in der durch Artikel 117 vorgeschriebenen Verbesserung der Lebens- und Arbeits-

6 — Urteile vom 6. Oktober 1993 in der Rechtssache C-109/91 (Ten Oever, Slg. 1993, I-4879, Randnr. 20 und Nr. 2 des Tenors), vom 14. Dezember 1993 in der Rechtssache C-110/91 (Moroni, Slg. 1993, I-6591, Randnr. 31 und Nr. 3 des Tenors) und vom 22. Dezember 1993 in der Rechtssache C-152/91 (Neath, Slg. 1993, I-6935, Randnr. 18 und Nr. 1 des Tenors).

7 — Urteile vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 27), vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-229/89 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2205, Randnr. 22) und vom 19. November 1992 in der Rechtssache C-226/91 (Molenbroek, Slg. 1992, I-5943, Randnr. 15). Vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil Roks vom 24. Februar 1994, zitiert in Fußnote 5, in dem der Gerichtshof in bezug auf die Richtlinie 79/7 bekräftigt hat, daß diese „die Zuständigkeit unberührt [läßt], die die Artikel 117 und 118 EWG-Vertrag den Mitgliedstaaten dafür zuerkennen, im Rahmen einer von der Kommission organisierten engen Zusammenarbeit ihre Sozialpolitik und somit die Art und das Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen auch im Bereich der sozialen Sicherheit sowie die konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung festzulegen" (Randnr. 28). Für Artikel 119 EG-Vertrag gilt dies meines Erachtens gleichermaßen.

bedingungen der Arbeitskräfte zum Ausdruck kommt [8] —, entschieden hat, daß der „Einwand ..., daß dieser Artikel auf andere Weise als durch eine Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter befolgt werden könne", zurückzuweisen sei [9]. Wie ich bereits in den zuvor genannten Schlußanträgen vom 28. April 1993 dargelegt habe [10], muß man diese Erwägung jedoch in ihrem Zusammenhang sehen: Das Ausgangsverfahren betraf einen Entschädigungsanspruch von Frau Defrenne gegen ihren früheren Arbeitgeber, die Sabena, wegen Diskriminierungen beim Arbeitslohn, die im vorangegangenen Jahrzehnt stattgefunden hatten. Die Erwägung darf somit nur als für *vergangene* Diskriminierungen geltend angesehen werden, für die der Gerichtshof wie gesagt verlangt, daß das günstigere System auch für die benachteiligte Gruppe gelten müsse.

12. Die hier vertretene Auffassung wird im übrigen durch das kürzlich ergangene Urteil Roks gestützt. Dort wurde der Gerichtshof gefragt, ob das Gemeinschaftsrecht der Einführung einer nationalen Regelung entgegenstehe, die die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf eine Leistung bei Arbeitsunfähigkeit von einer künftig sowohl für Männer als auch für Frauen geltenden Voraussetzung hinsichtlich des Einkommens abhängig mache und dadurch bewirke, daß den Frauen für die Zukunft Ansprüche entzogen würden, die sie bis dahin aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7/EWG [11] besessen hätten. Unter Hinweis auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik hat der Gerichtshof geantwortet, daß

„das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, im Rahmen der Kontrolle seiner Sozialausgaben Maßnahmen zu ergreifen, die bewirken, daß bestimmten Personengruppen Leistungen der sozialen Sicherheit entzogen werden, *sofern bei diesen Maßnahmen der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 beachtet wird*" [12].

Das Vorstehende trifft auch auf die Anwendung von Artikel 119 EG-Vertrag auf Betriebsrentensysteme zu: Diese Bestimmung schreibt zwar das gleiche Entgelt für Männer und Frauen vor, legt aber keine bestimmte *Höhe* zukünftiger Betriebsrentenleistungen fest.

8 — Der Gerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung, auch wenn sie für die Auslegung anderer Gemeinschaftsbestimmungen von Bedeutung sein könne, im wesentlichen programmatischen Charakter besitze und daß die Verwirklichung der darin genannten Ziele das Ergebnis einer Sozialpolitik sein müsse, deren Festlegung Sache der zuständigen Stellen sei (vgl. Urteil vom 29. September 1987 in der Rechtssache 126/86, Giménez Zaera, Slg. 1987, 3697, Randnrn. 13 und 14). Der Gerichtshof hat dies kürzlich im Urteil vom 17. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Randnrn. 25 und 26) bestätigt und hinzugefügt, daß Artikel 117 keine gerichtliche Überprüfung der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten zulasse (Randnr. 27).

9 — Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne II, Slg. 1976, 455, Randnr. 15)

10 — Nr. 60 der Schlußanträge.

11 — Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. 1979, L 6, S. 24).

12 — Urteil Roks, Randnr. 29 (Hervorhebung durch mich), unter Hinweis auf das Urteil vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 30/85 (Teuling, Slg. 1987, 2497) und das in Fußnote 7 zitierte Urteil Kommission/Belgien in der Rechtssache C-229/89. Dieser Grundsatz ist bereits in Randnummer 22 des erstgenannten Urteils und in Randnummer 24 des letztgenannten Urteils enthalten, allerdings ohne den hier hervorgehobenen Satzteil.

**Antwort auf die Fragen in der Rechtssache Smith**

13. Die Anwendung auf die Rechtssache Smith führt zu folgendem Ergebnis. Wie das Tribunal in seiner ersten Frage zu Recht dargelegt hat, sind drei Fälle zu unterscheiden.

Ich beginne mit dem letzten Fall, der Festsetzung des Rentenalters von 65 Jahren für Männer und Frauen in bezug auf Rentenleistungen, die auf *Beschäftigungszeiten vor dem 17. Mai 1990* beruhen. Gemeinschaftsrechtlich ist die Sache klar: Ein solcher Vorgang wird von Artikel 119 EG-Vertrag nicht berührt, da diese Bestimmung — jedenfalls in bezug auf Diskriminierungen, die sich aus Unterschieden im Rentenalter ergeben — für solche Leistungen keine unmittelbare Wirkung besitzt und es auch ansonsten keine Vorschrift und keinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gibt, die die Anpassung von Betriebsrentensystemen an den Gleichheitssatz durch Schaffung eines allgemeinen (höheren oder niedrigeren) Rentenalters erforderlich machen würden. Ich habe zwar volles Verständnis für den Standpunkt der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und der deutschen Regierung, daß eine Erhöhung des Rentenalters der Frauen auf eine Antastung des Besitzstands hinauslaufen kann, den sie nach dem nunmehr geänderten Betriebsrentensystem erworben hatten. In Anbetracht des Fehlens einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung für den betreffenden Zeitraum kann dieses Problem jedoch nur anhand des nationalen Rechts gelöst werden. Aus den Erklärungen der am Verfahren beteiligten Regierungen ergibt sich übrigens, daß im nationalen Recht mehrere Möglichkeiten bestehen: Die britische Regierung nennt insoweit die im Vereinigten Königreich geltenden Bestimmungen über Vertrags- und Treuhandverhältnisse, während die deutsche Regierung auf die im deutschen Recht bestehenden Prinzipien des Vertrauens- und Besitzstandsschutzes sowie auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinweist [13]. Dem ist hinzuzufügen, daß sich die Avdel Systems Limited zur Rechtfertigung einer rückwirkenden Änderung des Systems nicht auf die finanziellen Folgen des Urteils Barber berufen kann, da dieses Urteil für ihm vorangegangene Beschäftigungszeiten gerade nicht gilt.

14. Dann geht es um die Angleichung des Rentenalters für Männer und Frauen nach oben in bezug auf Rentenleistungen, die in *Beschäftigungszeiten zwischen dem 17. Mai 1990 und dem Zeitpunkt der Angleichung, im vorliegenden Fall dem 1. Juli 1991,* erworben wurden. Da diese Beschäftigungszeiten nach dem Urteil Barber liegen, gilt hier in vollem Umfang das aus der

13 — In den Nrn. 14 und 15 ihrer schriftlichen Erklärungen verweist die deutsche Regierung insbesondere auf das sogenannte „Witwerrenten-Urteil" des Bundesarbeitsgerichts vom 5. September 1989 (3 AZR 575/88; veröffentlicht u. a. im *Betriebs-Berater* 1989, S. 2400, und in *Der Betrieb* 1989, S. 2615), in dem in bezug auf den Besitzstandsschutz bei der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei betrieblichen Witwerrenten eine *„Drei-Stufen-Theorie"* angewandt werde. Nach dieser Theorie könne ein Arbeitgeber eine rückwirkende Angleichung des Rentenalters nur vornehmen, wenn er hierfür konkret *zwingende Gründe* wie das Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage, den Abbau einer nicht planmäßig eingetretenen Überversorgung oder eine schwerwiegende Treupflichtverletzung anführen könne.

Rechtsprechung des Gerichtshofes folgende Prinzip, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung die Anwendung des für die Angehörigen des bevorzugten Geschlechts (im vorliegenden Fall die Frauen) geltenden Systems auf die Angehörigen des benachteiligten Geschlechts (im vorliegenden Fall die Männer) verlangt.

Im Gegensatz zur Kommission — die bei der Prüfung, ob Artikel 119 EG-Vertrag eingehalten wurde, nur den Zeitpunkt der Rentenzahlung für relevant hält [14] — bin ich deshalb der Ansicht, daß Artikel 119 EG-Vertrag für Leistungen, die in diesen Beschäftigungszeiten *erworben* wurden, keine Angleichung der Rentenalter nach oben zuläßt.

15. Was schließlich die Angleichung des Rentenalters nach oben für Leistungen betrifft, die in *Beschäftigungszeiten nach dem Zeitpunkt der Angleichung* erworben wurden, so bin ich ebenso wie die britische und die deutsche Regierung aus den zuvor genannten Gründen (vgl. Nrn. 11 und 12) der Auffassung, daß ein solcher Vorgang jedenfalls dann nicht gegen Artikel 119 EG-Vertrag verstößt, wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung in vollem Umfang beachtet wird.

16. Dieser letzte Punkt bringt mich zur zweiten Frage des Tribunal: Begründet Artikel 119, auch wenn er einer Angleichung der Rentenalter nach oben nicht entgegensteht, dennoch eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die nachteiligen Auswirkungen für Frauen, deren Renten von der genannten Angleichung betroffen sind, möglichst gering zu halten? Hinsichtlich der Angleichung für Leistungen, die sich auf Beschäftigungszeiten *vor dem 17. Mai 1990* beziehen, ist die Antwort klar: Aus Artikel 119 EG-Vertrag können für diesen Zeitraum keine Verpflichtungen des Arbeitgebers abgeleitet werden.

Auf die Sachlage bei Leistungen, die sich auf Beschäftigungszeiten zwischen dem 17. Mai 1990 und dem Zeitpunkt der Angleichung beziehen, brauche ich nicht einzugehen; Artikel 119 steht hier wie gesagt einer Angleichung des Rentenalters nach oben entgegen.

Was gilt nun aber in bezug auf die Angleichung für *zukünftige* Beschäftigungsjahre (d. h. die Jahre nach dem in der Regelung vorgesehenen Zeitpunkt der Angleichung, dem 1. Juli 1991)? Frau Smith und die übrigen Klägerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, daß der Arbeitgeber insoweit an den gemeinschaftsrechtlichen

14 — Der Rechtsanwalt der Klägerinnen in der Rechtssache Smith hat in der mündlichen Verhandlung zu Recht darauf hingewiesen, daß die Kommission bei ihrem Standpunkt die besonderen Merkmale von Betriebsrentensystemen außer acht läßt. Wie der Gerichtshof nämlich in den in Fußnote 6 zitierten Urteilen Ten Oever (Randnr. 17), Moroni (Randnr. 29) und Neath (Randnr. 14) ausgeführt hat, weisen Betriebsrentensysteme eine Besonderheit auf, „die in einer zeitlichen Trennung zwischen der Entstehung des Rentenanspruchs, zu der es nach und nach im Laufe des Arbeitslebens eines Arbeitnehmers kommt, und der tatsächlichen Gewährung der Leistung, die demgegenüber bis zur Erreichung eines bestimmten Alters hinausgeschoben ist, besteht".

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sei. Durch die zur Beseitigung der verbotenen Diskriminierung gewählte Methode dürften die Rentenleistungen für Frauen nicht stärker gesenkt werden, als es für das Unternehmen zwingend erforderlich sei. Dabei müßten u. a. Überschüsse des Rentenfonds sowie alternative Finanzierungsmethoden wie die Erhöhung der Beiträge und schließlich der Umfang berücksichtigt werden, in dem der Arbeitgeber in der Vergangenheit von der Anwendung eines diskriminierenden Rentensystems profitiert habe (was hier der Fall sei, da die Avdel Systems Limited seit 1. Juni 1989 keine Beiträge mehr gezahlt habe).

Diesem Vorbringen ist nicht zu folgen. Der Arbeitgeber ist nach Artikel 119 EG-Vertrag verpflichtet, eine ungleiche Entlohnung von Männern und Frauen zu beseitigen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann meines Erachtens nicht zur Einschränkung der Durchführung „einer so grundlegenden Regel des Gemeinschaftsrechts wie der der Gleichheit von Männern und Frauen" [15] herangezogen werden.

17. Die dritte Frage in der Rechtssache Smith braucht nur für die zweite Alternative beantwortet zu werden, die die Rentenleistungen von Arbeitnehmern betrifft, die auf Beschäftigungszeiten ab dem 17. Mai 1990, aber vor dem Zeitpunkt der Angleichung am 1. Juli 1991 beruhen: Kann der Arbeitgeber für diesen Zeitraum das Rentenalter der Frauen trotzdem erhöhen und folglich die Leistungen für sie senken, *wenn* er hierfür eine objektive Rechtfertigung wie die Erfordernisse des Unternehmens oder des Betriebsrentensystems anführen kann?

Ich bin geneigt, in dieser Sache einen restriktiven Standpunkt einzunehmen. Die Dauer des fraglichen Zeitraums und die damit verbundenen Kosten hat der Arbeitgeber nämlich selbst in der Hand; je schneller das Rentensystem an den Grundsatz der Gleichbehandlung angepaßt wird, desto kürzer ist die Zeitspanne, in der das Prinzip des „einzig gültigen Bezugssystems" gilt, und desto geringer sind somit die dadurch für den Arbeitgeber und das Rentensystem entstehenden Kosten. Die von der Avdel Systems Limited in diesem Punkt befürwortete großzügige Handhabung der Kriterien, die der Gerichtshof u. a. im Urteil Bilka zur objektiven Rechtfertigung *indirekter* Diskriminierungen entwickelt hat [16], erscheint mir deshalb nicht angebracht. Ich stimme der Regierung des Vereinigten Königreichs allerdings darin zu, daß der Gerichtshof die Möglichkeit objektiv gerechtfertigter Ausnahmen nicht von vornherein ausschließen darf.

18. Von einer solchen Möglichkeit darf jedoch nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden, insbesondere um Umständen Rechnung zu tragen, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun haben und die einem *dringenden* Bedürfnis entsprechen, das den Fortbestand des Unternehmens selbst oder die Zah-

15 — Der Ausdruck stammt aus dem Urteil Roks, Randnr. 36.

16 — Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 36). Diese Kriterien lauten: „einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich [sein]".

lungsfähigkeit seines Betriebsrentensystems betrifft. Was den Fortbestand des *Unternehmens* anbelangt, so scheinen mir eine Reihe — aber nicht alle [17] — der von der Avdel Systems Limited vor dem Tribunal [18] angeführten Faktoren als ein solches dringendes Bedürfnis qualifiziert werden zu können; ich denke zum Beispiel an die Notwendigkeit für ein Unternehmen, wichtige Investitionen vorzunehmen oder einschneidende Veränderungen im Bestand ihres Personals aufzufangen [19]. Was das *Betriebsrentensystem* anbelangt, so erscheint mir eine Ausnahme möglich, wenn eine uneingeschränkte Durchführung des Grundsatzes der Gleichbehandlung das finanzielle Gleichgewicht [20] des fraglichen Systems und damit seine Zahlungsfähigkeit ernstlich in Gefahr bringt [21]. Zugleich will ich nicht ausschließen, daß ein Betriebsrentensystem aufgrund der komplizierten versicherungsmathematischen Berechnungen, zu denen die Durchführung des Grundsatzes der Gleichbehandlung führen kann — so sind z. B. in den vorliegenden Fällen gesonderte Berechnungen für drei verschiedene Beschäftigungszeiträume erforderlich —, einer aus verwaltungstechnischer oder versicherungsmathematischer Sicht weniger schwierigen alternativen Vorgehensweise den Vorzug geben kann, um den Grundsatz der Gleichbehandlung für den hier in Rede stehenden Zeitraum zu verwirklichen. Eine solche alternative Vorgehensweise muß dann aber in vollem Umfang die Rechte beachten, die mit Wirkung vom 17. Mai 1990, dem Tag des Erlasses des Urteils Barber, aus Artikel 119 für einzelne entstanden sind [22].

Es versteht sich von selbst, daß es Sache des nationalen Gerichts ist, diese Gesichtspunkte zu beurteilen und zu prüfen und insbesondere festzustellen, ob die vom Arbeitgeber und/oder dem Betriebsrentensystem geltend gemachten Rechtfertigungsgründe nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [23] und keine über das unbedingt Erforderliche hinausgehende Beschränkung des Grundsatzes der Gleichbehandlung enthalten [24].

17 — So kommen meines Erachtens Kostenfaktoren, die sich allgemein auswirken können, wie die von der Avdel Systems Limited genannten möglichen Kosten einer begrenzten Erhöhung des Preisindexes und die Perspektive einer wirtschaftlichen Rezession nicht in Betracht.

18 — Abschnitt 7.4 der Vorlageentscheidung.

19 — Die Avdel Systems Limited beruft sich insoweit auf die Folgen für ihren Personalbestand, die es hätte, wenn eine große Zahl männlicher Arbeitnehmer (die etwa 90 % ihres Personals ausmachten) von dem ihnen eingeräumten Recht Gebrauch machen würden, im Alter von 60 Jahren Anspruch auf eine volle Rente zu erheben.

20 — Daß der Gerichtshof bei der Prüfung, ob Diskriminierungen gerechtfertigt sind, bereit ist, das finanzielle Gleichgewicht des betreffenden Systems zu berücksichtigen, ergibt sich u. a. aus den Urteilen vom 7. Juli 1992 in der Rechtssache C-9/91 (Equal Opportunities Commission, Slg. 1992, I-4297, Randnrn. 15 bis 18; gesetzliche Rentensysteme) und vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-338/91 (Steenhorst-Neerings, Slg. 1993, I-5475, Randnr. 23; gesetzliche Regelung über Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit).

21 — Die bloße Tatsache, daß die Durchführung des Grundsatzes der Gleichbehandlung finanzielle Belastungen mit sich bringt, die einen gewissen Einfluß auf das finanzielle Gleichgewicht eines Betriebsrentensystems haben, ist deshalb kein hinreichender Rechtfertigungsgrund; es muß sich um *nicht oder kaum zu überwindende* Schwierigkeiten handeln. Handelt es sich, u. a. im Hinblick auf die begrenzte Zeitspanne und die finanzielle Lage des Rentensystems (z. B. die Existenz von Überschüssen, Reserven und dergleichen), um Belastungen, die überwunden werden können, dann kann im Wege der Analogie auf die Ausführungen des Gerichtshofes in dem in Fußnote 5 zitierten Urteil Roks zu gesetzlichen Maßnahmen der sozialen Sicherheit verwiesen werden: „Haushaltserwägungen können sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats zwar zugrunde liegen und die Art oder das Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen, die er treffen möchte, beeinflussen, sie stellen als solche jedoch kein mit dieser Politik verfolgtes Ziel dar und können daher eine Diskriminierung eines der Geschlechter nicht rechtfertigen" (Randnr. 35).

22 — Vgl. in bezug auf die Richtlinie 79/7 das Urteil vom 8. März 1988 in der Rechtssache 80/87 (Dik, Slg. 1988, 1601, Randnr. 14).

23 — Vgl. Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 15).

24 — Vgl. die Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie u. a. im Urteil Bilka (Randnr. 36) und in dem in Fußnote 12 zitierten Urteil Teuling (Randnr. 18) formuliert wird: Die gewählten Mittel müssen zur Erreichung des gerechtfertigten Ziels sowohl *geeignet* als auch *erforderlich* sein. Dies bedeutet, daß das nationale Gericht im konkreten Fall nicht nur prüfen muß, ob die vom Arbeitgeber und/oder dem Betriebsrentensystem getroffene Maßnahme sachdienlich ist, d. h. in einem logischen Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel steht (zu einem Fall, in dem es nach Ansicht des Gerichtshofes an dieser Sachdienlichkeit fehlte, vgl. Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-328/91, Thomas u. a., Slg. 1993, I-1247, Randnr. 16), sondern auch, ob es für den Arbeitgeber und/oder das Betriebsrentensystem keine durchführbare Alternative gibt, die den Grundsatz der Gleichbehandlung weniger stark einschränkt.

**Antwort auf die Fragen in der Rechtssache Van den Akker**

19. Im Gegensatz zur Rechtssache Smith geht es in der Rechtssache Van den Akker um eine *vor* dem Urteil Barber, nämlich am 1. Januar 1985, vorgenommene Angleichung des Rentenalters männlicher und weiblicher Arbeitnehmer, wobei sich die damals angeschlossenen weiblichen Teilnehmer während eines begrenzten Zeitraums (Anfang 1985 bis Ende 1986) für die Beibehaltung eines niedrigeren Rentenalters entscheiden konnten. Die zuvor (Nr. 8) formulierte Kernfrage bekommt hier deshalb einen anderen Akzent, wobei die Betonung auf der Auswirkung des Urteils Barber auf eine vor diesem Urteil — und sogar vor dem Urteil Bilka [25] — vereinbarte Übergangsregelung liegt: Muß eine solche Übergangsregelung, die in sachlicher und zeitlicher Hinsicht begrenzt ist, beseitigt werden? Können männliche Arbeitnehmer im Fall der Beibehaltung einer solchen Übergangsregelung dieselben Rechte beanspruchen, wie sie für weibliche Arbeitnehmer gelten, die sich im Rahmen der Übergangsregelung von 1985 für ein Rentenalter von 55 Jahren entschieden haben?

20. Die am Verfahren vor dem Gerichtshof Beteiligten vertreten unterschiedliche Standpunkte. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und die niederländische Regierung sind der Ansicht, daß Artikel 119 EG-Vertrag der fraglichen Übergangsregelung nicht entgegenstehe. Die Erstgenannten berufen sich dabei insbesondere auf die Erwägungen im Urteil Barber, in dem der Gerichtshof erklärt habe, zwingende Gründe der Rechtssicherheit schlössen es aus, daß Rechtsverhältnisse, deren Wirkungen sich in der Vergangenheit erschöpft hätten, in Frage gestellt würden [26]. In der vorliegenden Rechtssache hätten sich die Wirkungen der betroffenen Rechtsverhältnisse durch das Verstreichen des letzten Zeitpunkts erschöpft, zu dem eine Entscheidung für die Übergangsmaßnahme möglich gewesen sei, d. h. am 31. Dezember 1986. Eine andere Auffassung würde dem tragenden Grundsatz der Rechtssicherheit nicht gerecht.

Nach Ansicht des Pensioenfonds ergibt sich dagegen aus dem Urteil Barber, daß nunmehr auch die hier in Rede stehende Übergangsregelung untersagt sei. In Anbetracht der Art und Weise, in der der Gerichtshof die zeitliche Wirkung des Urteils Barber beschränkt habe, sei für Ansprüche, die nach dem 17. Mai 1990 erworben würden, eine Diskriminierung in Form der Anwendung eines je nach Geschlecht unterschiedlichen Rentenalters nicht mehr zulässig.

Die Kommission hat sich dem letztgenannten Standpunkt angeschlossen. Sie ist der Auffassung, daß sich die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens gegen die Beseitigung der Übergangsregelung nicht unter Berufung auf Artikel 119 EG-Vertrag zur Wehr setzen könnten. Diese Bestimmung schließe nicht aus, daß die Rentenleistungen der bevorzugten Gruppe für die Zukunft auf die Höhe der Leistungen der benachteiligten Gruppe abgesenkt würden, solange der Grundsatz

25 — Zitiert in Fußnote 16.

26 — Vgl. Urteil Barber, Randnrn. 41 und 44.

der Gleichbehandlung gewahrt bleibe. Ob die wohlerworbenen Rechte der Klägerinnen beeinträchtigt worden seien, sei eine andere Frage, die grundsätzlich anhand des nationalen Rechts beantwortet werden müsse. Die Kommission hält es im übrigen nicht für erforderlich, von ihrem Standpunkt in Anbetracht der vom Kantongerecht in seiner ersten Frage unter a, b und c genannten Umstände abzugehen. Sie ist insbesondere der Meinung, daß sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Leistungen der sozialen Sicherheit gute Gründe für die Auffassung ableiten ließen, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung auch im Rahmen der hier in Rede stehenden Übergangsregelung strikt eingehalten werden müsse.

21. Ich will mich sogleich mit der von der Kommission angesprochenen Rechtsprechung auseinandersetzen. Es handelt sich um eine Reihe von Urteilen (Borrie Clarke [27], Dik [28] und Johnson [29]), in denen sich der Gerichtshof zur Vereinbarkeit gesetzlicher Übergangsbestimmungen — die in der Regel bei der Anpassung der nationalen Gesetzgebung an diese Richtlinie erlassen wurden — geäußert hat, als deren Folge eine bestimmte diskriminierende Regelung auch nach dem Zeitpunkt für die Durchführung der genannten Richtlinie (23. Dezember 1984) in Kraft blieb [30]. Der Gerichtshof hat dies rundheraus für unvereinbar mit der Richtlinie 79/7 erklärt. Er hat sich dabei in erster Linie auf die unmittelbare Wirkung des in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 enthaltenen Diskriminierungsverbots und der in Artikel 5 dieser Richtlinie enthaltenen Verpflichtung der Mitgliedstaaten gestützt, alle mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beseitigen [31]. Überdies hat der Gerichtshof hervorgehoben, daß

„die Richtlinie keine Ausnahme von dem in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz vorsieht, um die Verlängerung der diskriminierenden Wirkungen früherer innerstaatlicher Vorschriften zu erlauben. Daraus folgt, daß ein Mitgliedstaat nach dem 22. Dezember 1984 keine ungleiche Behandlung fortbestehen lassen darf, die darauf zurückzuführen ist, daß die Voraussetzungen für die Entstehung des Leistungsanspruchs vor diesem Zeitpunkt vorgelegen haben. Der Umstand, daß diese Ungleichbehandlung von Übergangsbestimmungen herrührt, die anläßlich der Einführung einer neuen Leistung erlassen wurden, kann zu keiner anderen Beurteilung führen." [32]

22. Muß — wie die Kommission vorträgt — diese Rechtsprechung, die die zeitlich *unmittelbare Wirkung* des Grundsatzes der Gleichbehandlung fordert, in vollem Umfang auf die vorliegende Problematik

27 — Urteil vom 24. Juni 1987 in der Rechtssache 384/85 (Slg. 1987, 2865).

28 — Urteil zitiert in Fußnote 22.

29 — Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-31/90 (Slg. 1991, I-3723).

30 — In der Rechtssache Borrie Clarke verteidigte das Vereinigte Königreich eine solche Übergangsregelung auf dem Gebiet der Leistungen bei Invalidität mit dem Argument, die berechtigte Hoffnung der Personen, die nach der alten Regelung eine Leistung erhalten hätten, darauf, daß ihnen die Leistung durch die Neuregelung nicht entzogen werde, müsse gewahrt werden (vgl. Randnr. 4 des Urteils Borrie Clarke).

31 — Vgl. Urteile Borrie Clarke, Randnr. 9, und Dik, Randnr. 8.

32 — Urteil Borrie Clarke, Randnr. 10. Vgl. auch Urteile Dik, Randnr. 9, und Johnson, Randnr. 32.

angewendet werden? Ich habe daran starke Zweifel. Diese werden u. a. dadurch genährt, daß die Richtlinie 86/378/EWG, in der der Grundsatz der Gleichbehandlung auf den Bereich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit angewendet wird [33], im Gegensatz zur Richtlinie 79/7 in Artikel 2 Absatz 2 folgende Übergangsbestimmung enthält:

„Diese Richtlinie steht dem nicht entgegen, daß sich die Rechte und Pflichten, die sich aus einer vor dem Zeitpunkt der Änderung eines betrieblichen Systems liegenden Zeit der Mitgliedschaft in dem betreffenden System ergeben, weiterhin nach den Bestimmungen des Systems richten, die während dieses Versicherungszeitraums galten."

Anders als die Richtlinie 79/7 enthält die Richtlinie 86/378 somit eine ausdrückliche Bestimmung, die vorsieht, daß die Neuregelung *bestehende Rechtsverhältnisse unberührt läßt* [34].

23. Warum enthält die Richtlinie 79/7 keine solche Ausnahme, wohl aber die Richtlinie 86/378? Meines Erachtens ist dies vor allem damit zu erklären, daß die erstgenannte Richtlinie *gesetzliche* [35] Systeme der sozialen Sicherheit betrifft, d. h., nach der Formulierung des Gerichtshofes,

„unmittelbar durch Gesetz geregelte, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem betroffenen Gewerbezweig zulassende Systeme oder Leistungen der sozialen Sicherheit, die zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten" [36].

Bei solchen Systemen gilt stets der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung der Neuregelung [37]. Daneben darf man nicht aus den Augen verlieren, i) daß die Mitgliedstaaten sechs Jahre Zeit haben, um ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzupassen [38], und ii) daß diese Richtlinie für den Bereich der Altersrenten eine Ausnahme in bezug auf die

33 — Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 225, S. 40).

34 — Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission enthielt diese Übergangsregelung nicht. Er enthielt allerdings in Artikel 10 eine entsprechende Übergangsregelung in bezug auf den Gebrauch je nach Geschlecht unterschiedlicher versicherungsmathematischer Faktoren.

35 — Vgl. Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 und ihre zweite Begründungserwägung. Gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b gilt die Richtlinie auch für Sozialhilferegelungen, soweit sie die unter Buchstabe a genannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen.

36 — Urteil Ten Oever, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 9, unter Hinweis auf das Urteil vom 25. Mai 1971 in der Rechtssache 80/70 (Defrenne I, Slg. 1971, 445, Randnr. 7). Vgl. auch das Urteil Moroni, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 14. Siehe auch die Umschreibung des Begriffs „Leistung der sozialen Sicherheit" im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes als Leistung, die „den Empfängern unabhängig von jeder auf Ermessensausübung beruhenden Einzelfallbeurteilung der persönlichen Bedürftigkeit aufgrund einer gesetzlich umschriebenen Stellung gewährt wird und sich auf eines der in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht" (vgl. u. a. Urteile vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-78/91, Hughes, Slg. 1992, I-4839, Randnr. 15, und vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91, Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnr. 29).

37 — Zum Grund für diese unmittelbare Anwendbarkeit vgl. den „Klassiker" von P. Roubier, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, S. 340 ff.

38 — Vgl. Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 79/7.

Feststellung des Rentenalters vorsieht, deren Gültigkeit der Gerichtshof niemals in Zweifel gezogen hat [39].

Bei Betriebsrentensystemen bewegt man sich dagegen auf *vertraglichem* Gebiet. Hinsichtlich des Übergangsrechts spielen dabei andere Erwägungen eine Rolle als bei allgemein anwendbaren gesetzlichen Systemen, wie der Respekt vor der Willensfreiheit der Parteien und vor dem im Vertrag gefundenen Gleichgewicht. Im allgemeinen wird bei vertraglichen Vereinbarungen für die Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse durch die Neuregelung eingetreten; eine unmittelbare Anwendung der Neuregelung muß nur insoweit gewährleistet sein, als der Fortbestand von Sachverhalten, die unter dem alten Recht entstanden sind, das Gemeinwohl ernstlich beeinträchtigt [40].

24. Der Grundsatz der Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse durch die Neuregelung im Hinblick auf vertragliche Sachverhalte, die sich bis in die Zukunft erstrecken, besitzt für mich große Attraktivität. Dennoch bin ich der Ansicht, daß er hier in Anbetracht der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere der Urteile Defrenne II und Barber, keine Anwendung finden kann. Im erstgenannten Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt, da Artikel 119

„zwingenden Charakter hat, ist das Verbot von Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern es erstreckt sich auch auf alle, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen" [41].

Dadurch wurde die direkte (und grundsätzlich unmittelbare) Anwendung von Artikel 119 auf horizontale und insbesondere vertragliche Systeme anerkannt.

Im Urteil Barber — wie übrigens auch im Urteil Defrenne II — hat der Gerichtshof diese unmittelbare Auswirkung jedoch durch eine zeitliche Beschränkung der Wirkung dieses Urteils eingeschränkt, wodurch an diese Bestimmung eine zeitlich beschränkte Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse geknüpft wurde. Mir scheint, daß der Gerichtshof somit durch die Schaffung einer richterlichen Übergangsregelung die dem Grundsatz der Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse zugrunde liegende Abwägung der allgemeinen Interessen der Gemeinschaft (vor allem der Notwendigkeit einer einheitlichen und allgemeinen Anwendung des Gemeinschaftsrechts) gegen die Interessen einzelner (insbesondere an Rechtssicherheit und am Schutz des Vertrauens auf bestehende vertragliche Rechtsbeziehungen) selbst vorgenommen hat. Diese im Urteil Barber vorgesehene Übergangsrege-

39 — Vgl. das in Fußnote 20 zitierte Urteil Equal Opportunities Commission, bestätigt in dem in Fußnote 24 zitierten Urteil Thomas u. a., Randnr. 9.

40 — Vgl. u. a. F. Chabas in: Maezaud, Maezaud und Chabas, *Leçons de droit civil I, Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1991, Nr. 147, S. 197 f.; J. Ghestin und G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L. G. D. J., 1990, Nr. 373, S. 333 f.; P. Roubier, *Le droit transitoire*, S. 380 ff.

41 — Urteil Defrenne II, zitiert in Fußnote 9, Randnr. 39; anschließend in ständiger Rechtsprechung bestätigt, u. a. in den in Fußnote 5 zitierten Urteilen Kowalska (Randnr. 12) und Nimz (Randnr. 17) (im letztgenannten Urteil nur in bezug auf Tarifverträge).

lung ist es dann auch, die bei der Auslegung von Artikel 119 EG-Vertrag im Bereich der Betriebsrentensysteme angewendet werden muß.

25. Dies bedeutet konkret folgendes. Da nach dem Urteil Barber eine Berufung auf die unmittelbare Wirkung von Artikel 119 EG-Vertrag nur für Beschäftigungszeiten nach dem 17. Mai 1990 möglich ist, können sich die männlichen Arbeitnehmer der Koninklijke Shell Groep für Beschäftigungszeiten, die vor dem Urteil Barber liegen, nicht auf die Unvereinbarkeit der Übergangsregelung mit Artikel 119 EG-Vertrag berufen. Es versteht sich auch von selbst, daß weibliche Arbeitnehmer, die sich im Rahmen der Übergangsregelung für die Beibehaltung des Rentenalters von 55 Jahren entschieden und dieses Alter vor dem Urteil Barber erreicht haben, von diesem Urteil nichtbetroffen sind; genau solche Fälle hatte der Gerichtshof in Randnummer 44 des Urteils Barber im Auge, wonach

„es zwingende Gründe der Rechtssicherheit aus[schließen], daß Rechtsverhältnisse, deren Wirkungen sich in der Vergangenheit erschöpft haben, in Frage gestellt werden".

26. Im Gegensatz zu den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens bin ich jedoch der Auffassung, daß die Lage weiblicher Arbeitnehmer, die sich im Rahmen der Übergangsregelung für ein Rentenalter von 55 Jahren entschieden haben, aber dieses Alter zum Zeitpunkt des Urteils Barber noch nicht erreicht hatten, *nicht* als eine Situation angesehen werden kann, „deren Wirkungen sich in der Vergangenheit erschöpft haben", denn sie haben auch nach dem Urteil Barber noch weitere Rentenansprüche erworben. Für die von diesen Arbeitnehmerinnen und ihren männlichen Kollegen nach dem 17. Mai 1990 geleisteten Beschäftigungszeiten gilt in vollem Umfang der letzte Satz von Randnummer 44 des Urteils Barber, in dem der Gerichtshof eine Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse im Rahmen der neuen Auslegung von Artikel 119 ausdrücklich ausgeschlossen hat:

„Schließlich ist klarzustellen, daß für den Erwerb eines Rentenanspruchs nach Erlaß des vorliegenden Urteils eine Beschränkung der Wirkungen dieser Auslegung nicht in Betracht kommt." [42]

27. Die Übergangsregelung muß daher, wie der Pensioenfonds zu Recht vorgetragen hat, angepaßt werden, um den Auswirkungen des Urteils Barber Rechnung zu tragen [43]. Für Beschäftigungszeiten zwischen dem

42 — Der Gerichtshof hat bei der in den Urteilen Ten Oever (Randnr. 19), Moroni (Randnr. 31) und Neath (Randnr. 16) vorgenommenen Verdeutlichung der zeitlichen Wirkung des Urteils Barber ausdrücklich auf die Begründung in Randnummer 44 des Urteils Barber verwiesen.

43 — Der Pensioenfonds beruft sich dabei außerdem noch auf das Argument, daß der Gerichtshof in Randnummer 32 des Urteils Barber entschieden habe, daß „Artikel 119 jede das Entgelt betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen *ohne Rücksicht darauf* verbietet, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt" (Hervorhebung durch mich). Ich will hier dahingestellt sein lassen, ob dieser Abschnitt in der vom Pensioenfonds vertretenen Weise auszulegen ist. Er ist nämlich zusammen mit dem zweiten Satz dieser Randnummer zu lesen, aus dem sich ergibt, daß der Gerichtshof die Tatsache, daß ein je nach dem Geschlecht unterschiedliches Rentenalter im Rahmen eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems auf der gesetzlichen Rentenregelung beruht, nicht als Rechtfertigung für eine derartige Ungleichbehandlung ansieht.

17. Mai 1990 und dem 1. Juni 1991, dem Zeitpunkt der Änderung der Rentenregelung, gilt der zuvor genannte Grundsatz des „einzig gültigen Bezugssystems" (siehe oben, Nr. 10). Für daran anschließende Beschäftigungszeiten ist die Anhebung des Rentenalters weiblicher Arbeitnehmer, die unter die Übergangsregelung fielen, auf das der männlichen Arbeitnehmer mit Artikel 119 EG-Vertrag vereinbar, sofern dabei der Grundsatz der Gleichbehandlung in vollem Umfang beachtet wird (siehe oben, Nr. 11).

28. Was das Problem einer rückwirkenden Erhöhung des Rentenalters der weiblichen Arbeitnehmer in bezug auf Beschäftigungszeiten zwischen dem Urteil Barber und dem Zeitpunkt der Angleichung des Rentenalters anbelangt, so kann ich auf die Antwort in der Rechtssache Smith verweisen (siehe oben, Nr. 17). Diese Frage haben die Parteien in der vorliegenden Rechtssache nicht angesprochen, was möglicherweise mit der vom Pensioenfonds ausgearbeiteten Ausgleichsregelung zusammenhängt (siehe oben, Nr. 6).

## Ergebnis

29. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen in den vorliegenden Rechtssachen wie folgt zu beantworten:

*In beiden Rechtssachen:*

Es verstößt nicht gegen Artikel 119 EG-Vertrag, wenn ein Arbeitgeber im Anschluß an das Urteil des Gerichtshofes vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber (Slg. 1990, I-1889), im Rahmen eines Betriebsrentensystems das Rentenalter der weiblichen Arbeitnehmer für zukünftige Beschäftigungszeiten auf das der männlichen Arbeitnehmer anhebt; dies gilt jedenfalls dann, wenn der in der genannten Bestimmung festgelegte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen in vollem Umfang beachtet wird. Im Hinblick auf die zeitliche Beschränkung der Wirkung des Urteils Barber steht das Gemeinschaftsrecht auch einer Durchführung dieses Vorgangs in bezug auf Beschäftigungszeiten vor dem 17. Mai 1990 nicht entgegen. Das Gemeinschaftsrecht schließt es dagegen aus, daß ein solcher Vorgang in bezug auf Beschäftigungszeiten zwischen dem 17. Mai 1990 und dem Zeitpunkt der Angleichung durchgeführt wird. Für die letztgenannten Beschäftigungszeiten muß der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Weise verwirklicht werden, daß das für die Angehörigen des bevorzugten Geschlechts geltende System auf die Angehörigen des benachteiligten Geschlechts angewandt wird.

*In der Rechtssache C-408/92, Smith u. a.:*

1) Artikel 119 EG-Vertrag enthält in keinem der drei oben genannten Fälle die vom Tribunal in seiner zweiten Frage angesprochene Verpflichtung.

2) In dem dritten vom Tribunal skizzierten Fall können bei der Durchführung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nur in Ausnahmefällen Umstände berücksichtigt werden, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun haben und die einem dringenden Bedürfnis entsprechen, das den Fortbestand des Unternehmens selbst oder die Zahlungsfähigkeit seines Betriebsrentensystems betrifft. Es ist Sache des nationalen Gerichts, diese Gesichtspunkte zu prüfen und darüber zu wachen, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht mehr als unbedingt erforderlich eingeschränkt wird.

*In der Rechtssache C-28/93, Van den Akker u. a.:*

Im Hinblick auf das Urteil Barber verstößt es gegen Artikel 119 EG-Vertrag, wenn im Rahmen eines Betriebsrentensystems in bezug auf Beschäftigungszeiten nach dem 17. Mai 1990 das Rentenalter für eine bestimmte Gruppe angeschlossener Arbeitnehmerinnen, die dieses Alter zu diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht haben, auf 55 Jahre festgesetzt bleibt, während es für männliche Arbeitnehmer 60 Jahre beträgt. Daß dieser Sachverhalt Bestandteil einer vor dem Urteil Barber vereinbarten Übergangsregelung ist, ändert daran nichts.